

# 公益诉讼的冷思考

陈贤贵(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

**摘 要:**近年来,我国学界要求建立“公益诉讼”的呼声日益高涨,即试图通过对传统起诉资格的拓展,来扩大司法救济的范围。但是,在社会公共利益的边界模糊不清、原告适格及其代表能力有限、诉讼成本过高以及法院和法官角色定位困难等诸多问题无法有效解决的情况下,公益诉讼制度的移植和构建应当理性而审慎。

**关键词:**公益诉讼;社会公共利益;原告适格

Thought on Public Welfare Litigation

CHEN Xian-Gui

(School of Law Xiamen University, Xiamen 361005, Fujian, China)

**Abstract:** In recent years, the appeals of the academy to construct the public welfare litigation upswings increase in our country, which attempt to extend the range of judicial remedy by expanding the qualification of accusation of conventional litigation. However, in the condition of confronting to a good many issues, such as the bound of social public interest is blurry, plaintiff standing and whose representative power is restricted, the cost of litigation is too high, and the difficulties of the court and judge to orient their roles, which cannot been conquered, we should be rational and well-advised to the transplant and construction of the public welfare litigation system.

**Key Words:** public welfare litigation; social public interest; plaintiff standing

[中图分类号 D915.2

文献标识码 A

文章编号 :1671-5195(2006)04-0046-04]

近年来,以被誉为“中国公益诉讼肇始人”丘建东为代表的一些社会个体或私人组织以维护社会公共利益为目的,将政府有关部门及生产者、经营者诉至法院的案例频频见诸报纸或其他新闻媒介,学界将此类诉讼称为“公益诉讼”。而在外国法制发展的启发和影响下,我国越来越多的学者把此类由社会个体或私人组织提起的公益诉讼视为保障经济法有效运行的基本的司法形式,要求建立公益诉讼的呼声日益高涨。然而,我们很难说清楚某一法律制度下的各类经验对其他法制有多大的重要性,但至少可以说越是深深扎根于某国特殊的政治、法律环境的制度,越难以嫁接到其他国家中去。<sup>[1]</sup>确切地说,大多数法律制度都是与该国的政治构造密切相关的,想要将他国据此设立的制度推广到本国时,不能不进行慎重的思考。鉴于学界目前的讨论大多忽略了这种由社会个体或私人组织提起的公益诉讼自身存在的诸多局限性,比

如社会公共利益界定不清、原告适格及其代表能力有限、诉讼成本过高以及法院和法官角色定位困难等等。在无法有效地解决这些问题的情况下,公益诉讼难以发挥其应有的效用。因此,本文拟以此为视角对公益诉讼制度作些冷思考。

## 一、社会公共利益的界定

相对于传统的民事、行政等以维护私人权益为目的的私益诉讼而言,公益诉讼最大的特征在于以维护社会公共利益为目的。在我国现行的法律法规中,有关社会公共利益的规定有:《宪法》第10条(以及《土地管理法》第2条)规定国家对土地实行征用的条件是“为了公共利益的需要”,《行政处罚法》规定其立法目的之一是“为了维护社会公共利益和社会秩序”(第1条),《著作权法》规定著作权人行使著作权时“不得损害公共利益”(第4条),而《专利法》第52条规定“为了公共利益可以对专利权实行强制许可”等等。与之相关的

收稿日期:2006-04-28

作者简介:陈贤贵(1982-),男,福建漳州人,厦门大学法学院诉讼法学硕士研究生。

法律规定虽不少,但都未能以法定的形式就社会公共利益的概念作出界定,并对其边界做具体而明晰的划分,以致大多学者将社会公共利益与社会利益、公共利益视为同一概念。

[2]而立法者也是将这几个概念随意、交替使用,甚至出现同一法律中使用不同概念的情况,例如,《宪法》第10条使用“公共利益”,而第51条使用“社会公共利益”;《专利法》第5条使用“社会公共利益”,而第52条使用“公共利益”。社会公共利益这种因缺乏任何可操作性标准而产生的模糊性和不可捉摸性,给司法实践带来极大的不便。

对于社会公共利益,正如哈耶克所言,这个概念“直到今天仍是最难给出定义的”概念,美国著名的行政伦理学家库伯也坦率地承认“要想给出一个能在理论界或实际工作者中公认的社会公共利益定义是不可能。”[3]因此,有的学者形象地称之为“幽灵”,一方面,社会公共利益的概念一直支配着人们关于正义与公共部门之行为正当性的论证,并贯穿于行政人品行的评价中;另一方面,它又不可捉摸,自古至今,还没有谁给它下过一个具有公信力的可操作性的定义。[4]庞德认为,“社会利益”也即我们通常所称的社会公共利益“是从社会生活角度出发,为维护社会秩序、社会的正常活动而提出的主张、要求和愿望”,具体包括一般安全利益、社会组织安全的利益、一般道德的利益、保护社会资源的利益、一般进步的利益和个人生活方面的利益六大类,每一大类里又包含多种小类。[5]这种划分无疑表明公共利益是一个集合概念,是由多种利益构成的复合体,即公共利益并非只是单一性的,在一个具体的公益诉讼案件中,原告的诉求中往往潜藏着多种社会公共利益的冲突和选择,比如环境纠纷诉讼中,常常就交织着庞德所称的“保护社会资源的利益”、“一般进步利益”(如发展经济)和“个人生活方面的利益”(如个人身心健康)等多种社会公共利益之间的矛盾和冲突。

然而,诉讼是一种判明是非曲直、输赢对错的活动,也就是说,诉讼的对抗性特点决定了公益诉讼具有较小的利益妥协性,往往难以形成“双赢”的局面。因此,试图通过诉讼形式对社会公共利益进行维护,必须在诸多社会公共利益之间作出明确的抉择,而无法全面地考察该案件涉及到的所有社会公共利益。其结果是将多种共存的社会公共利益裁减成一种单一的社会公共利益,或者是使其中的一种占据绝对的优势地位。这样一来,公益诉讼的结果就与其设立的初衷发生了某种程度的背离,因为公益诉讼之所以产生,一个重要的原因“正是因为人们对任何单一公共利益失去信任,也是因为随之而来的人们要求把政府政策问题融入一个受影响的利益相互妥协的过程。”[6]也就是说,公益诉讼在倡导社会利益多元化、反对社会利益单一模式的同时,又不可避免地“从终点回到起点”,事实上根本无法促进社会利益多元化的发展。[7]

总之,“社会公共利益”在由个人接近权利实现的情形下就不再仅仅是法律主张其自身的权威、威严这样一种单纯的概念上的利益,而同时也是一种谁都能感受得到,谁都能理解得到的非常现实、极为实际的利益……即一种能够保证和维持各人所关注的交易性生活的安定秩序的利益。[8]因此,社会公共利益的追求常常与个人权利、私人利益的限制与克

减联系在一起,但同时又缺乏具体的实体性标准和程序性标准进行有效的约束,而当争议产生后,司法机关同样缺乏统一的标准对社会公共利益做出界定。因而以维护社会公共利益为目的的公益诉讼在许多场合中往往沦为社会个体或私人组织滥用诉权,妨碍并干预公共权力行使的法律的幌子,完全违背了其原初的意旨。

## 二、原告适格(standing)及其代表能力

传统的民事诉讼是以解决民事纠纷、保护私人利益为目的的,因此,对与诉讼结果有某种利害关系的人能否诉诸法院是有一定的限制的,也即原告必须适格。比如,原告为了获取成为当事人的资格,必须证明其“权利”、“法律权利”或“某种受到法律保护的特殊利益”受到侵害,或者是“自己特定的权利与运用法律保护的公众利益受到区别对待而导致受到胁迫乃至侵害”。在大量的公害案件涌现之前,权益纠纷主要发生于平等主体之间,按照传统的权利观,原告适格的问题或者说诉的利益是容易识别的。随着新型纠纷(环境纠纷、公害纠纷、消费者诉讼等)的出现,我们往往无法将这些纠纷纳入现行法律所承认的权利体制或框架之中,然而现实中又必须对这些纠纷予以解决。但因其权利义务的内容及权利主体的外延往往界定不清,若依传统的原告适格观念和标准进行审查,可能导致原告不适格的问题,因此公益诉讼必须对传统的原告适格理论进行修正和扩展,即某些依据传统的原告适格理论不具有起诉资格的社会个体或私人组织,如与诉讼结果无直接利害关系的私人组织和组织,在公益诉讼中具备了原告的资格。但是,这种修正和扩展必须基于这样一种预设,即“私人原告在公益诉讼中具有充分的代表能力并能很好地维护社会公共利益。”[7]

但是,正如上文所述,社会公共利益本身所具有的多元性、复杂性决定了私人原告代表能力的有限性。我们应该认识到,由于社会公共利益多元化问题的存在,公益诉讼的私人原告一开始就必须对其谋求的社会公共利益进行抉择,选择自己最关切的一种或几种社会公共利益,但不可能面面俱到地将纠纷所涉及到的所有社会公共利益一齐诉诸法院,那样将会无法提出具体明确的诉求。而作为社会个体的私人原告是具有个人偏好的,该偏好并非就是代表着社会偏好,其所声称的社会公共利益也就不是真正重要的社会公共利益。[7]更甚者,私人原告这种被视为“社会公共利益”的个人偏好,有时候还仅仅代表这些私人原告或与之处于同一立场的某部分人所珍视的价值观念和意识形态利益,即是“个人维系其道德或宗教原则的利益”。[6]当私人原告这种个人偏好不可避免地卷入公益诉讼之后,实际上司法便成为强制灌输某种意识形态观念的工具。这样一来,公益诉讼实际上潜在着推行某种价值观念或意识形态的危险,从而有悖现代社会所推崇的社会价值多元化的发展模式,势必限制和损害社会个体的价值选择和信仰自由。目前,我国正处于社会转型时期,各种观念和信仰之间的碰撞和冲突极为激烈。这种情况下,我们需要在各种观念和信仰之间寻求沟通、交流与合作,不应采用过于对抗的诉讼方式一判了事,从而埋下新的纠纷隐患。

同时,在某一具体的公益诉讼中体现出何种社会公共利益的认知上,不同的社会个体或私人组织之间也会存在不同,这就可能出现某些社会个体或私人组织认为原告或诉讼代表人无法“忠实”地代表先前他们所预期的公益目的而要求直接参与诉讼由自己行使诉讼权利的情况,致使法院面临既要有效地保障社会公众的诉讼权利又要避免因诉讼参与人数过多造成诉讼过于繁杂的两难之境遇。在此问题上,张卫平教授认为可以通过另选参加诉讼代表人参加诉讼,在申请人不多时,可以直接参加诉讼,其参加人的诉讼地位与其诉讼代表人一起构成共同诉讼人。<sup>[9]</sup>但是,公益诉讼产生与发展的本意就是对社会公共利益单一模式的怀疑和否定,并尽量扩大社会公众的诉讼权利。而这种仅仅依据参加人数的多少决定允许某些人直接参加诉讼而不允许另一些人直接参与诉讼的做法本身就存在某种利益抉择或价值判断的偏见,与设立公益诉讼的宗旨背道而驰。

### 三、诉讼成本的承担

一般认为,公益诉讼的目的并非损害赔偿,而是督促执法,是一种公益活动。但是,作为原告的公民必然要支付一定的诉讼费用,这对于公民来说是一笔额外的负担。为了减少不必要的费用负担,公民可能放弃诉讼。为此,学界希望通过借鉴美国公益诉讼制度中关于对胜诉原告费用补偿的规定加以解决。如美国《清洁水法》规定,法院对根据公民诉讼条款提起的任何诉讼中作出任何最后裁判时,可以裁定由任何占优势或任何占主要优势的当事人承担诉讼费用(包括律师和专家证人的合理费用),只要法院认为该决定是合适的。这也就是美国现行的费用补偿制度。

这种费用补偿制度实际上可以看作是一种降低诉讼门槛的简化诉讼方式,对鼓励当事人提起公益诉讼具有很大的促进作用。但是,诉讼门槛一旦降低,势必造成法院负担的增长;因为它会鼓励当事人以诉讼代替其他纠纷解决方式,而案件增长到一定程度必然造成司法服务供不应求的“拥堵”现象。为了解决因案件积压而造成“司法拥堵”,法院只能通过简易程序的方式来提高办案的效率,以求尽快解决纠纷,从而导致了司法质量的下降,并“可能增加缺乏依据的诉讼的比例”,而“当某类诉讼中充斥着缺乏依据的诉讼,法官就会有意无意地形成一种预期,认定此类诉讼中的下一个会同样缺乏依据,此种预期会使法官对新诉讼的反应发生歪曲。”<sup>[10]</sup>结果往往导致新诉讼中的原告的合法权益得不到应有的重视和保护。而且,从长远来看,这种鼓励起诉的费用补偿制度并非总是有利于原告,它虽然免除了当前原告承担的诉讼成本,然而这种成本不只是被转移到当前的被告身上,同时也会转移到潜在的未来原告身上,出现当前原告向未来原告的权利“透支”现象。因此,尽管公益诉讼中对胜诉原告的费用补偿制度在一定程度上有助于强化对当前原告合法权益的保护,但它同时又削弱对公益诉讼未来原告合法权益的保护,成为整个公益诉讼面临的另一重大难题。

即使不考虑费用补偿制度对潜在的未来原告的影响,仅就当前原告而言,具体的诉讼过程中所需的费用都必须由原告预先支付,只有在胜诉之后才能获得补偿,所以原告仍然

面临因败诉而无法得到费用补偿的巨大风险。就算对胜诉把握十足,许多具体费用的存在仍然可能让原告无力继续诉讼。单就通知费用而言,美国联邦最高法院在1965年的判例中指出,这种对集团成员进行个别通知的费用必须由原告承担,否则诉讼就不能作为集团诉讼进行。<sup>[11]</sup>而在公益诉讼集团成员通常过于巨大的情况下,要求对所有成员进行个别通知,巨额的通知费用令一般的私人原告难以承受。为了解决这个难题,在美国的司法实践中,环境纠纷集团诉讼通常采用“风险收费制”(contingency fee),或者称为“无胜诉,无费用”(no win, no fee),也就是说包括通知费用在内的诉讼费用由律师预先垫付,如果案件败诉,律师不能要求当事人支付其垫付的费用,但如果案件胜诉,律师除了垫付的费用之外还能从当事人获得的损害赔偿金额中获得一定比例的报酬。但是,因为律师投入的时间及资源能否回收与案件的审理结果紧密相连,律师总希望案件要么尽快和解,要么受害者尽可能多地获得赔偿。就许多和解的集团诉讼来看,经常产生“无论在法律还是事实问题上都未能进行足够的调查,并且对集团成员与社会无甚价值的和解”<sup>[10](P220)]</sup>集团成员的利益无法获得有效的保护。因此美国学界对和解的集团诉讼中律师是否真正代表其当事人的利益提出质疑,并产生“集团诉讼主要是律师为自己的利益而提起诉讼”的观点。<sup>[12]</sup>

事实上,不仅仅是原告不堪重负,美国现行的费用补偿制度对被告方的影响也是巨大的。由于公益诉讼的特征决定了利益主体的广泛性,其潜在的原告众多,被告为了避免日后被迫多次卷入同类诉讼的麻烦,往往会不惜血本争取获得胜诉,以免形成“先例”。这就容易迫使被告为了胜诉投入大量超额的诉讼费用,或者被迫与胜诉可能性极大的原告达成“条件慷慨的和解”,并不惜巨资以尽可能满足原告方的索赔需求,甚至是某些不合理的索赔请求,其结果是被告的合法权益受到了损害。尽管公益诉讼中的许多被告是财力雄厚的大公司、大企业,但是,巨额的诉讼成本仍然可能使这些公司、企业面临破产的危险,甚至可能导致整个行业面临崩溃的危险。在这种情况下,公益诉讼实际上是以牺牲某一种或几种社会公共利益为代价,维护原告所谋求或代表的一种社会公共利益,事实上阻碍甚至破坏了社会利益多元化的发展。因为从整个社会经济发展来考虑,那些作为被告的大公司、大企业的存在与发展本身何尝不是促进社会经济发展和人民生活水平提高这两种社会公共利益的体现?

概而观之,费用补偿制度表面上是使原告的负担降低了,但这些诉讼成本根本没有减少,只不过以另一种方式转嫁到被告乃至整个社会了。在无法降低公益诉讼的成本总量的情况下,这种成本转嫁方式无法从根本上解决公益诉讼成本过高的问题。

### 四、司法角色的转换

促进公益诉讼一方面可以缓和或消除限制原告资格的障碍,但另一方面必然引起司法权的扩大,因为“公益诉讼建立在这样的一个立论之上,即存在一种法官能够认定和维护的可确定的公共利益。”<sup>[6]</sup>而当法官在每个具体的公益诉讼案件中都致力于“可确定的公共利益”的“认定和维护”时,司



法自身的性质和功能则发生了相应的变化,主要体现在司法更少的保守性、更多的创新性,或者说更强调法官的“造法”功能和法院的政策形成功能。

一般而言,公益诉讼案件所诉争的公益问题或社会重大问题涉及到原告私人利益之外的其他众多社会成员的利益,法院在解决具体的公益纠纷时,其处理结果常常与潜藏于案件背后的公共政策的调整、现行立法的修改和完善等社会性问题相关联。而诉讼本身只能就某一种法定权利进行确认和维护,法院在将这些处于利益形态的公共利益转化为具有可司法性的权利形态之法律问题时,必须承认某种现行立法尚未赋予特权的“权利表现形式”或“受到现有权利体系排斥、否定的新生利益主张”具备权利的资格,那么实体法体系中的权利种类便会因公益诉讼的展开而不断获得创设,公益诉讼的过程也因此就成为了有关利益集团的新的权利逐渐生成的过程,或者说,司法具备了对现行的实体法进行修正或形成新的实体法的能力。

从世界上任何一个现代法治国家来考察,立法和司法之间相对确定的分工决定了司法的“造法”功能只能在尊重现行立法的前提下进行,即只能通过具体个案的处理,渐进式地充实和完善现有的权利保护体系,而不能超越甚至凌驾于立法之上自主地确认和保护某种新的权利或利益主张。即使是在英美法系国家,法官之于实体法体系常常表现出更多的创新性,但是这种创新性也只能在现行立法的“间隙”中进行,未能超越遵循先例、尊重现行制定法的司法原则之规制,或者说,英美法系国家的司法也不可能完全替代立法,因为“我们毫不犹豫地承认,法官必须而且确实立法,但他们只是在间隙中这样做,他们被限制在克分子之间运动。一个普通的法官不能说,我认为对价原则只是一些历史的胡言乱语,在我的法院将不实行这一原则。”<sup>[13]</sup>

而作为具有浓厚的大陆法传统的国家,我国的司法较之英美法系国家则表现为更多的保守性和更少的创新性,这与公益诉讼中存在的创造性司法或司法“造法”的要求之间存在很大的矛盾和冲突。而传统的民事诉讼理论是以实现既存权利这种观念形态为前提,并不能为法官这种创造性活动提供足够的程序法理论,那么,我们势必通过变革现行的司法模式以满足公益诉讼修正现行实体法或形成新的实体法这种创造性司法的要求。但是,从近年的法院司法改革的目标来看,其预期却是通过强调法官严格依法办案,提高民众对司法的信任度,以维护司法权威和社会的稳定。这种情况下如果一味鼓动法官“造法”的积极性,赋予法官较大的裁量权,允许法官自主地确认和维护当事人主张的尚未上升法定权利之利益要求,不仅会使得法院司法改革前功尽弃,也势必出现司法部门“篡夺”其他非司法部门政治性权力的现象,因为“司法权力的这一扩张,不仅是法院在解决涉及复杂的科学和经济争端之政策问题方面的能力处于紧张的极限状态,而且让法院承担全面的制定社会和经济政策的责任,是

与我们普遍所接受的宪法预设完全相悖的。”<sup>[6]</sup>因此,在我们的宪政体制尚未改变亦难以改变的情况下,为了推行公益诉讼而进行司法模式变革的可行性极小。

## 五、结语

综上所述,公益诉讼虽在一定程度上有助于解决传统诉讼无法克服的一些问题,但其自身存在的局限及其发展过程中面临的困难也很多。在无法有效解决这些问题的情况下,这种制度实际上难以发挥预期的效用。事实上,现代公益诉讼自上世纪六十年代在欧美一些法治发达国家兴起以来,人们对其的态度已经“由热到冷”,不再将其看作是解决公共政策问题的灵丹妙药。<sup>[14]</sup>面对我国尚处“初级阶段”的法治建设、法官的认知能力不高、法院制度不尽完善,社会公众对司法的信任较低以及缺乏与公益诉讼相适应的制度构建的现实,对是否移植公益诉讼制度以及如何建构我国的公益诉讼模式应当理性而审慎。

## 参考文献:

- [1] Friedman, Access to Justice: Social and Historical Context, in Access to Justice: Promising Institutions, supra note 1, at 3, 28 et seq.
- [2] 孙笑侠.论法律与社会利益[J].中国法学,1995,(4).
- [3] 李春成.公共利益的概念建构评析[J].复旦大学学报(社会科学版),2003,(1).
- [4] 丁延龄.论社会公共利益法律概念的界定[J].民主与法制,2005,(3).
- [5] 沈宗灵.现代西方法理学[M].北京:北京大学出版社,1992.291-295.
- [6] [美]理查德·B·斯图尔特.美国行政法重构[M].沈岷,译.北京:商务印书馆,2002.110.
- [7] 叶明.公益诉讼的局限及其发展的困难[J].现代法学,2003,(5).
- [8] R. V. Ihering, Der Kampf um's Recht 49.(Vienna, Manz'sche, 10th ed, 1889)
- [9] 张卫平.程序公正实现中的冲突与平衡[M].成都:成都出版社,1993.195.
- [10] 齐树洁,林建文.环绕纠纷解决机制研究[M].厦门:厦门大学出版社,2005.209.
- [11] 沈达明.比较民事诉讼法初论(下册)[M].北京:中信出版社,1991.154.
- [12] [美]史蒂文·苏本,玛格瑞特·伍.美国民事诉讼的真谛[M].蔡彦敏,徐卉,译.北京:法律出版社,2002.196-198.
- [13] [美]本杰明·卡佐拉.司法过程的性质[M].苏力,译.北京:商务印书馆,1998.42.
- [14] [美]维拉·格兰.大陆法及英美法制度中的公共利益问题:检察官的作用[J].莱夫,译.法学译丛,1989,(1):24.

责任编辑:王燕